

EL PAPEL DEL JUEZ Y DEL LEGISLADOR ANTE LOS RETOS DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA. REFLEXIONES EN TORNO AL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA 111/2010 DE 17 DE DICIEMBRE*

MIREN LACASTA GOÑI, MARTA PANTALEÓN DÍAZ Y LUIS ALBERTO PEDROZA FERNÁNDEZ**

Resumen: El Auto de la AP de Navarra 111/2010, de 17 de diciembre, recae en un procedimiento de ejecución hipotecaria. El acreedor se adjudica el inmueble por un valor que no cubre la totalidad de su crédito. ¿Debe poder reclamarse en estos casos el resto del importe en virtud de la responsabilidad patrimonial universal del deudor? Esta situación plantea especiales problemas en el marco de la actual crisis socioeconómica y ha suscitado un gran debate en la doctrina, la jurisprudencia y la opinión pública. Opinamos que, en nuestro Estado de Derecho, juez y legislador deberían dar respuestas diferentes a la pregunta planteada.

Palabras clave: hipoteca, ejecución hipotecaria, subasta pública, valor de tasación, responsabilidad patrimonial universal.

Abstract: On December 17th 2010, the “*Audiencia Provincial de Navarra*” decreed the foreclosure of a mortgage. In this case, as in many others, after the property was sold and the proceeds repaid to the lender, a tranche of the loan still remained unpaid. The problematic question this essay addresses is whether he, the lender, should be entitled to claim the remainder of the loan, as is currently the case under Spanish Law. These not at all uncommon facts raise controversial and interesting issues, especially in the context of the current socio-economic crisis. They thus evoke great debate among scholars, judges and the public itself. In our opinion and according to the rule of law principle, judges and lawmakers should give different answers to the proposed question.

Keywords: mortgage, mortgage foreclosure, judicial sale, tax value, unlimited liability.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. APROXIMACIÓN CRÍTICA AL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA DE 17 DE DICIEMBRE DE 2010; 1. Las posibles repercusiones del Auto desde el punto de vista socioeconómico; 2. Fundamentación jurídica de la resolución y adecuación al principio de legalidad de la actuación judicial; III. POSIBLES PROPUESTAS DE POLÍTICA LEGISLATIVA PARA ABORDAR LOS PROBLEMAS

* Fecha de recepción: 13 de febrero de 2013.

Fecha de aceptación: 17 de abril de 2013.

** Estudiantes de segundo ciclo del doble grado en Derecho y Ciencia Política y de la Administración Pública en la Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: miren.lacasta@estudiante.uam.es; marta.pantaleon@estudiante.uam.es; luis.pedroza@estudiante.uam.es

PLANTEADOS; 1. Propuestas de política legislativa en torno al ejercicio de la acción hipotecaria en determinados supuestos y el establecimiento de límites a la responsabilidad patrimonial universal del deudor; *A. Mejora de la eficiencia de los diferentes sistemas de realización del valor de los inmuebles; B. Otras posibles reformas; a) Medidas relativas a las condiciones de la deuda garantizada por la hipoteca y a su ejecución; b) Medidas relativas a la responsabilidad patrimonial universal del deudor por la parte del crédito no cubierta por el valor obtenido en la subasta*; 2. Medidas transitorias para hacer frente, en el corto plazo, a la situación excepcional generada por la crisis y otras orientadas a evitar que coyunturas de esta clase vuelvan a producirse.

I. INTRODUCCIÓN

La hipoteca se configura en nuestro Derecho como una forma de garantía *real* de las obligaciones, que concede a su titular, en caso de impago, la facultad de acudir a procedimientos especiales, legalmente establecidos, para la realización del valor del bien y el cobro prioritario de su crédito con este valor líquido frente a otros acreedores [1932.3º y 1927.1 del Código Civil (en adelante, CC)]. La hipoteca, sin embargo, no altera en absoluto el principio de responsabilidad patrimonial universal proclamado por el artículo 1911 CC¹, y que deja expresamente a salvo el artículo 105 de la Ley Hipotecaria² (en lo sucesivo, LH). En el plano procesal, ello queda reflejado, en relación con el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, en el artículo 579 *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Civil³ (en adelante, LECiv).⁴

En este sentido, las posibilidades de un acreedor hipotecario ante el impago del crédito en nuestro Derecho son, de modo sintético, las siguientes⁵:

¹ “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”.

² “La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil”.

³ “Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falta, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución”.

⁴ Es cierto que, como señala PÉREZ GARCÍA, M.J., “La realización del valor de los bienes en los procesos de ejecución y su problemática en el derecho español (Reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 diciembre de 2010)”, *Diario La Ley*, n. 7590, 2011, p.10, que la afirmación de que esta sea la solución establecida por nuestro Derecho, no queda tan clara en relación con el procedimiento de venta extrajudicial de bienes hipotecados previsto en el artículo 129 LH. Sin embargo, creemos que se debe tener en cuenta que se trata de un procedimiento de realización del valor de los bienes que sólo se da con el consentimiento de ambas partes reflejado en la escritura pública de constitución de la hipoteca. Esto significa que, aunque para este caso rigiera (lo cual es dudoso) la regla de adjudicación en pago obligatoriamente liberatoria, su fundamento sería el consentimiento de las partes, en todo caso capaces de excluir el principio de responsabilidad ilimitada.

⁵ MARTÍN PASTOR, J., “Posibilidades del acreedor hipotecario cuando, subastado el bien hipotecado, su producto resulta insuficiente para cubrir el crédito (a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra,

1. La posibilidad (nada frecuente en la práctica, al ser la escritura pública de constitución de la hipoteca directamente un título ejecutivo) de acudir primero al procedimiento declarativo común y, seguidamente, con la sentencia condenatoria obtenida en este primer procedimiento, a un procedimiento ejecutivo ordinario.
2. La venta extrajudicial del bien hipotecado (129 LH), con el consentimiento de ambas partes reflejado en la escritura pública de constitución de la hipoteca.
3. El proceso ordinario de ejecución *del crédito* formalizado en escritura pública (como todo acreedor, independientemente de la existencia o no de una hipoteca), sin necesidad de un proceso declarativo previo.
4. El procedimiento especial de ejecución *hipotecaria*, regulado en el Capítulo V del Título IV del Libro III de la LECiv, siempre que se cumplan las condiciones formales establecidas en los artículos 681.1 y 682 LECiv (entre ellas, que la finca aparezca tasada en la escritura pública: 682.2.1 LECiv).

Si el acreedor utiliza la cuarta de estas posibilidades (lo más frecuente en la práctica) esta culminará, como regla general, en una subasta pública del inmueble (venta judicial), en la que será adjudicado al mejor postor. En caso de que la subasta quede desierta, el artículo 671 LECiv faculta al acreedor para pedir, en un plazo de veinte días, que se le adjudique el inmueble por una cantidad “igual o superior al sesenta por ciento de su valor de tasación”⁶. En cualquiera de los dos casos, como hemos dicho arriba, si el valor obtenido en la subasta no cubre el importe total de la deuda garantizada, el artículo 579 LECiv deja abierta la posibilidad al acreedor de pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte a través del procedimiento ordinario. Esta es precisamente la opción que el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010⁷, de cuya crítica vamos a ocuparnos, deniega al recurrente.

Este Auto ha de enmarcarse en un contexto de crisis económica y financiera global, que ha afectado especialmente al mercado inmobiliario español. En concreto, el llamado “estallido de la burbuja inmobiliaria” se ha traducido, de forma drástica e imprevista, en una caída del valor de mercado de la vivienda y, a la vez, del poder adquisitivo de los deudores. Esto ha incrementado notoriamente el volumen de ejecuciones hipotecarias por impago del crédito y, sobre todo, la proporción de éstas en que el valor final alcanzado en la subasta del inmueble hipotecado no es suficiente para cubrir el importe de la deuda.

Las dramáticas consecuencias que este proceso ha tenido sobre las condiciones de vida de los ciudadanos [incidiendo gravísimamente, en ocasiones, en su derecho de acceso

Sección 2ª, 111/2010, de 17 de diciembre)”, *Diario La Ley*, n. 7590, 2011, pp. 1-5. Para una explicación más detallada de estos procedimientos, véase DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 475 y ss.

⁶ Redacción tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 8/2011 de 1 de julio, que elevó en 10 puntos este porcentaje.

⁷ AAP Navarra 17 diciembre 2010 (AC 2011, 1).

a una vivienda digna proclamado en el artículo 47 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE 1978)], ha hecho que trasciendan al debate público y doctrinal, cuatro problemas fundamentales:

1. La posibilidad de limitar (de manera permanente) el ejercicio de la propia acción hipotecaria en determinadas condiciones.
2. El establecimiento de límites a la responsabilidad patrimonial universal del deudor (1911 CC), en caso de adjudicación del bien hipotecado al ejecutante cuando la subasta queda desierta.
3. La necesidad de establecer medidas transitorias para hacer frente, en el corto plazo, a la coyuntura excepcional generada por la crisis.
4. La introducción de un mayor control estatal en la concesión de créditos hipotecarios a consumidores por parte de las entidades financieras, para evitar que coyunturas de esta clase vuelvan a producirse.

II. APROXIMACIÓN CRÍTICA AL AUTO DE LA AP DE NAVARRA DE 17 DE DICIEMBRE DE 2010

A nuestro parecer, las soluciones a los problemas arriba planteados deberían corresponder al poder legislativo y no al poder judicial en un Estado de Derecho. Este es el fundamento que vertebra nuestra crítica (y la de la doctrina mayoritaria) al Auto de la Audiencia Provincial de Navarra 17 de diciembre de 2010. Los hechos en que se basa el mencionado Auto son los siguientes:

La entidad bancaria BBVA otorgó un préstamo de 71.225,79 € con garantía hipotecaria a uno de sus clientes. Como consecuencia del impago se decidió ejecutar la hipoteca por el procedimiento especial. La subasta para la venta del inmueble quedó desierta como consecuencia de la depreciación del bien inmueble, resultando adjudicado dicho bien a la entidad bancaria por importe de 42.895 €. Posteriormente la entidad solicitó la prosecución de la ejecución por la cantidad no cubierta por la subasta (28.129,52 € en concepto de deuda principal y 8.438,86 € calculados para intereses, costas y gastos).

El juzgado de primera instancia número 2 de Estella/Lizarra desestimó la demanda de ejecución. Lo mismo hizo en apelación la AP de Navarra con los siguientes argumentos:

1. El ejercicio de la petición de continuación de la ejecución por la parte recurrente no constituye un abuso de derecho ya que reúne los requisitos del artículo 579 LECiv. Sin embargo, sí que vulnera la prohibición de lesionar la confianza legítima del deudor generada por sus propios actos al haber tasado la finca en una cantidad superior al importe del préstamo. BBVA intentó, de hecho, introducir en el proceso una nueva tasación de la finca, pero esta posibilidad había precluido.

2. Los preceptos en que se fundaría la pretensión de BBVA deben ser interpretados conforme a “la realidad social del tiempo al que van a ser aplicad[o]s y atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquell[o]s” (artículo 3 CC). Esta realidad social implica considerar la responsabilidad de las entidades bancarias en la crisis económica y en la consiguiente depreciación inmobiliaria, que hacen “moralmente rechazable” estimar la pretensión de la actora.

Esto llevó a desestimar la ejecución sin perjuicio de que continuara respecto de las costas y la liquidación de intereses. La entidad bancaria BBVA interpuso contra este Auto un incidente de nulidad de actuaciones, por “esgrimir argumentos irrazonables y arbitrarios”, anunciando, en caso de que sea desestimado, un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional “por infracción del artículo 24.1 CE” (esto es, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva).

Vamos a articular nuestra crítica en dos bloques: primero, valoraremos someramente el Auto desde el punto de vista de sus posibles consecuencias en el plano socioeconómico. A continuación, reflexionaremos sobre la fundamentación jurídica de la resolución y la adecuación al principio de legalidad de la actuación judicial contenido en el artículo 117 CE.

1. Las posibles repercusiones del Auto desde el punto de vista socioeconómico

Entorno a la primera cuestión, opinamos que de una difusión de la doctrina comenzada por la Audiencia Provincial derivarían consecuencias perjudiciales para el mercado financiero español y el funcionamiento del crédito hipotecario. Podríamos señalar, en este campo, al menos tres claros inconvenientes⁸:

- Se acentuarían los efectos contables de la sobrevaloración de sus activos en la que ya incurre el banco, al incluir entre ellos un crédito hipotecario con remotas posibilidades de cobro.
- Incentivaría a varios deudores, con capacidad económica suficiente para pagar, a dejar de satisfacer el crédito hipotecario y librarse así de la vivienda con el fin de adquirir otra más barata. Esta consecuencia sería especialmente acusada en un contexto de deflación de la vivienda, como el actual.
- Se incrementaría el riesgo de que las entidades financieras adoptaran una política todavía más restrictiva en la concesión de créditos hipotecarios, materializada en un incremento del tipo de interés y las garantías adicionales (reales y personales) exigidas al deudor.

⁸ Puestos de manifiesto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La campanada”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 11, 2011, p. 5 y MARTÍN PASTOR, J., “Posibilidades del acreedor hipotecario cuando, subastado el bien hipotecado, su producto resulta insuficiente...”, *op. cit.*, p.10, entre otros.

Todas estas consecuencias se ven acentuadas en el momento en que este Auto aplica en la práctica, *retroactivamente*, un sistema de responsabilidad limitada a obligaciones ya vigentes y garantizadas con hipotecas de responsabilidad ilimitada. Eso supone una alteración *ex post* de las reglas del juego aplicables a los contratos celebrados con anterioridad. Si se generalizara esta alteración de las garantías existentes cuando se concedió el crédito, las entidades bancarias se verían obligadas a dotar provisiones para los nuevos riesgos, llevando las cantidades requeridas por las provisiones directamente a pérdidas. Ello, a su vez, aumentaría el riesgo para los depósitos bancarios y, con ello, los ahorros de millones de personas⁹.

2. Fundamentación jurídica de la resolución y adecuación al principio de legalidad de la actuación judicial

Pero no son estos los defectos más graves de la resolución analizada. Seguramente, lo que más debería preocuparnos en el contexto de un Estado de Derecho, en el que la sujeción del juez a la Ley y el principio de seguridad jurídica son pilares fundamentales de la convivencia, sea encontrarnos ante una resolución judicial que carece de fundamento *jurídico* alguno, más allá de la mención algo confusa de la teoría de los actos propios, apoyada en la referencia al artículo 3 CC. Y, como han señalado la práctica totalidad de los autores que se han pronunciado en torno a este polémico Auto, ninguno de estos argumentos se sostiene.

Una revisión de la jurisprudencia que ha abordado en los últimos años casos de esta misma índole revela que las decisiones giran normalmente en torno a las figuras del enriquecimiento sin causa, la doctrina de los actos propios y el abuso de derecho¹⁰. Por lo general, consideran que no puede estimarse en estos casos la concurrencia de ninguna de ellas. El Auto que analizamos se separa en este punto de la jurisprudencia absolutamente mayoritaria, como hemos dicho, considerando que el ejercicio por parte del banco de la acción *ex 579 in fine* LECiv, habiendo tasado previamente el inmueble en un valor superior al importe del

⁹ En este sentido, MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., “La AP de Navarra se decanta antes por la moralidad antes que por la legalidad en la ejecución de las hipotecas”, *Actualidad Jurídica Arazandi*, n. 815, 2011, p.3.

¹⁰ Para un análisis más detallado de esta jurisprudencia y una clasificación en este sentido de las concretas resoluciones véanse CORDERO LOBATO, E., “Enriquecimientos injustos y adjudicaciones inmobiliarias en procedimientos de ejecución”, *Diario La Ley*, n. 7953, 29 octubre 2012, pp.1 y ss; y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “Análisis de la evolución jurisprudencial sobre la dación en pago en los últimos años”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 733, septiembre-octubre 2012, pp. 2852 y ss. También ha sido empleada con cierta frecuencia, aunque mucho menor, una argumentación basada en la cláusula *Rebus Sic Stantibus*. GARCÍA ABURUZA, M.P., “Ejecución hipotecaria y dación en pago y cláusula *Rebus Sic Stantibus*”, en *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, Salas Carceller (coord.), 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, p.105, aborda este extremo en mayor profundidad. Coincidimos con ella, sin embargo, en que esta figura debe considerarse (como de hecho lo hace el Tribunal Supremo) de aplicación extremadamente restrictiva, y de ahí que sea sumamente discutible su aplicación a esta clase de casos. Admitir que la crisis económica sea un cambio en las circunstancias fundamental *e imprevisible* al momento de contratar implicaría dejar sin eficacia una cantidad enorme de contratos celebrados antes de la misma.

préstamo, vulnera la prohibición de *venire contra factum proprium*. Esta parece ser la línea de argumentación dominante entre las resoluciones “heterodoxas”¹¹.

Consideramos acertadas las resoluciones que llegan a la conclusión de que, en casos como el que nos ocupa, la conducta del ejecutante no puede considerarse, por lo general, enriquecimiento sin causa, contraria a sus propios actos o ejercicio antisocial de un derecho. Sin embargo, la *motivación* de estas decisiones resulta, en la mayoría de los casos, notoriamente deficiente, y revela (incluso en relación con la jurisprudencia del TS) una alarmante confusión en torno a la naturaleza y funcionamiento de las instituciones discutidas. Por ello, parece adecuado dedicar unas breves líneas a clarificar estas cuestiones y, desde este punto de partida, proceder a la crítica de la motivación del Auto sobre el que reflexionamos.

La AP Navarra no discute en ningún momento la concurrencia de un enriquecimiento injusto en este caso, lo que debe considerarse un acierto. El enriquecimiento injusto, figura no reconocida expresamente en nuestra legislación civil y desarrollada fundamentalmente por la jurisprudencia del TS y la doctrina, puede definirse como un desplazamiento patrimonial *sin causa en Derecho*, que hace nacer una acción para el empobrecido por este desplazamiento patrimonial frente al quien se ha enriquecido injustamente a su costa. Cuando el TS rechaza su concurrencia en estos casos¹² lo hace, con razón, estimando que el beneficio patrimonial pretendido por el ejecutante *sí tiene causa* en Derecho: el artículo 579 LECiv, como disposición legal que lo autoriza expresamente y el propio acuerdo entre las partes (que no han pactado, pudiendo haberlo hecho, una hipoteca de responsabilidad limitada). Por lo demás, la jurisprudencia es prácticamente unánime en cuanto a la necesidad de apreciar restrictiva y excepcionalmente la concurrencia del enriquecimiento injusto.

En cuanto a la invocación de la doctrina de los actos propios, debemos destacar que esta se funda en dos principios fundamentales: la buena fe, en cuanto implica un deber de congruencia para el titular de un derecho en su ejercicio, y la protección de la legítima confianza suscitada en los terceros a raíz del comportamiento del titular del derecho, especialmente cuando éstos han realizado alguna inversión con base en la mencionada confianza¹³. En este sentido, la pretensión de que la entidad ejecutante se encuentra vinculada por la tasación inicial del inmueble está totalmente desencaminada. La tasación de la vivienda por parte del acreedor hipotecario (con la intención de satisfacer los requisitos formales de una posible ejecución extraordinaria por el procedimiento especial) no implica una voluntad de fijar su valor, independientemente de los cambios que puedan producirse en él hasta aquel momento futuro, como consecuencia de fluctuaciones en el mercado u otros avatares. Y aunque

¹¹ Por todas, AJPI 44 Barcelona 4 febrero 2011 (AC 2011, 42) y AAP Girona 16 septiembre 2011 (AC 2011, 2172), éste último, con una mayor fundamentación jurídica que el que analizamos y un voto particular en sentido contrario.

¹² STS 8 julio 2003 (RJ 2003, 4334), STS 26 junio 2002 (RJ 2002, 5499) y STS 18 febrero 2003 (RJ 2003, 1049), entre otras.

¹³ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al artículo 7.1 CC”, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 50-51.

lo anterior fuera dudoso, en cualquier caso la conducta no da a entender objetivamente al deudor que, en el caso de adjudicación de la finca de acuerdo con el artículo 671 LECiv, no se piensa ejercer el derecho a reclamarle el pago total del crédito¹⁴. En otras palabras, falta en todo caso la generación en terceros de una *confianza* legítima, con base en la que llevan a cabo inversiones¹⁵.

Queda por abordar la cuestión del posible abuso de derecho. La AP Navarra rechaza su concurrencia con argumentos similares a los que emplea para estos casos el TS en su jurisprudencia y que pueden sintetizarse en una idea muy simple: el acreedor no ejercita abusivamente su derecho, porque lo hace dentro de sus límites legales. Esta argumentación es, a nuestro juicio, incorrecta. En el abuso del derecho hay una violación, *dentro de los límites formales de un derecho* o de una norma, de los valores contenidos en ellos o de la idea axiológica ínsita en el derecho subjetivo o en la norma¹⁶. Si excluimos la aplicación del abuso del derecho en los supuestos en que exista la cobertura de una norma legal, estamos negando la posible aplicación de la figura pues, por definición, el abuso de derecho requiere que una norma ampare a una persona en la titularidad y ejercicio formalmente legítimo de tal derecho¹⁷. En otras palabras, el abuso de derecho, el ejercicio antisocial del mismo, *requiere*, precisamente, *un derecho subjetivo del que abusar o que ejercitar antisocialmente*. Constatado esto, falta en todas las argumentaciones jurisprudenciales que analizamos una respuesta a la cuestión verdaderamente relevante: el ejercicio por parte del banco del derecho que le concede el 579 LECiv *in fine* (y que claramente se ejercita dentro de sus límites formales) ¿es, sin embargo, *abusivo*?

Esta es una valoración que corresponde realizar al Juez ponderando en cada caso factores que van desde la existencia o no de un propósito lesivo en el ejercicio del derecho por parte del ejecutante, hasta las circunstancias sociales en las que este ejercicio se produce, pasando por consideraciones generales de moral colectiva¹⁸. Desde nuestro punto de vista, cuando el acreedor cuyo derecho *no ha sido satisfecho* tras la subasta simplemente trata de satisfacerlo invocando la responsabilidad patrimonial universal del deudor, no cabe considerar abusivo el ejercicio de este derecho¹⁹.

¹⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La campanada”, *op. cit.*, p.3.

¹⁵ Cosa muy distinta es que los consumidores, de hecho, generalmente ignoren la existencia del artículo 579 LECiv, problema que abordamos más adelante con posibles soluciones de política legislativa.

¹⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al artículo 7.1 CC”, *op. cit.*, p. 46

¹⁷ ROMERO CANDAU, R., “La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados. Comentario a los autos no 111/10 (AC 2011, 1) y 4/11 (AC 2011, 40) de las secciones segunda y tercera de la ILMA. Audiencia Provincial de Navarra”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 1, Pamplona, 2011, p. 3.

¹⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Comentario al artículo 7.2 CC”, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 66-68.

¹⁹ Existe una diferencia entre el caso que acabamos de analizar y situaciones, lamentablemente bastante frecuentes (al menos antes de la crisis económica), como la que se plantea en la STS 8 julio 2003 (RJ 2003, 4334). En esta y en muchas otras ocasiones, los bienes que se realizan a través de la subasta judicial se malvenden, pues se adjudican al acreedor ejecutante por un precio notoriamente inferior a su valor real; posteriormente éste enajena dicho bien a un tercero a precio de mercado; y, más tarde, el acreedor ejercita una acción personal

Como avanzamos arriba, la AP trata de reforzar su argumentación a través de una interpretación pretendidamente “sociológica” de los preceptos legales aplicables (sin referirse, por lo demás, a ningún artículo concreto como objeto de interpretación). Destaca, en este sentido, la escasa atención que dedica la AP a otros criterios hermenéuticos enumerados por el artículo 3.1 CC, como puede ser el sentido propio de las palabras o el “espíritu y finalidad” de la legislación hipotecaria y la normativa procesal. Tales espíritu y finalidad consisten en facilitar el crédito. Tanto la interpretación literal como la teleológica contradicen la del Tribunal, pues supone una disminución del valor de las garantías y, por tanto, un encarecimiento del crédito²⁰.

Al optar directamente por el criterio sociológico cuando se interpreta una Ley que, por lo demás, es aparentemente *clara*, se excede, a nuestro juicio, el margen de discrecionalidad judicial aceptable en un Estado de Derecho, infringiéndose el principio de sujeción del juez a la Ley proclamado en el artículo 117 CE. El Juez, perito exclusivamente en Derecho y funcionario no elegido, carece de la legitimación científica o democrática para adoptar decisiones autónomas como si fuera un auténtico legislador²¹.

Con todo lo dicho, no pretendemos negar que la aplicación del Derecho hipotecario y procesal civil actualmente existente conduzca, en ocasiones, a resultados inaceptables desde el punto de vista de la justicia material. Estamos convencidos, sin embargo, de que este no es un problema que corresponda resolver a los jueces. Las soluciones deben ser de carácter legislativo. Por hipótesis, en ningún caso son los jueces los órganos del sistema adecuados para realizar la justicia material, en cuanto sus resoluciones son esencialmente *particulares*. Únicamente el legislador, como depositario de la soberanía popular, con su capacidad para ponderar intereses generales y dictar resoluciones de esta misma naturaleza, puede plantearse la realización de este ideal de justicia. No hay más que tener en cuenta el hecho de que un Auto de *la misma* Audiencia Provincial, ante *la misma* pretensión del mismo sujeto activo²², diera una solución completamente *contraria* al problema respecto a la dada por el Auto objeto de este trabajo, para concluir que esta manera particularista de actuar, no sólo vulnera el principio de igualdad formal ante la ley proclamado por el artículo 14 CE, sino que además es *injusta*. Sólo la ley puede garantizar lo igual para los iguales y lo desigual para los desiguales.

contra el deudor para reclamar el resto la deuda. En estos casos, el derecho del acreedor puede considerarse *materialmente satisfecho*, aunque no lo haya sido a costa del patrimonio del deudor, y puede, aquí sí, estimarse *antisocial*, el ejercicio de la acción personal que le concede el artículo 579 LECiv.

²⁰ En este sentido, MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., “La AP de Navarra se decanta antes por la moralidad...”, *op. cit.*, p. 2.

²¹ SALVADOR CODERCH, P., “Comentario al artículo 3.1 CC”, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 20-22.

²² AAP Navarra 28 enero 2011 (AC 2011, 40).

III. POSIBLES PROPUESTAS DE POLÍTICA LEGISLATIVA PARA ABORDAR LOS PROBLEMAS PLANTEADOS

Pasamos ahora a proponer algunas medidas de *lege ferenda* que el órgano auténticamente legitimado para ello, el legislador, podría adoptar de cara a la solución de los cuatro problemas que comentamos en la introducción, a saber:

1. La posibilidad de limitar (de manera permanente) el ejercicio de la propia acción hipotecaria en determinadas condiciones.
2. El establecimiento de límites a la responsabilidad patrimonial universal del deudor (1911 CC), en caso de adjudicación del bien hipotecado al ejecutante cuando la subasta queda desierta.
3. La necesidad de establecer medidas transitorias para hacer frente, en el corto plazo, a la coyuntura excepcional generada por la crisis.
4. La introducción de un mayor control estatal en la concesión de créditos hipotecarios a consumidores por parte de las entidades financieras, para evitar que situaciones de esta clase vuelvan a producirse.

A nuestro juicio, los dos primeros puntos plantean verdaderos problemas de Derecho privado, mientras que el tercero y el cuarto tienen mayor relación con la medida en que el Estado debe intervenir en la regulación de los mercados financieros, y, por ende, una naturaleza más política. Por ello, vamos a referirnos a las soluciones posibles en dos bloques: uno respondiendo a los dos primeros problemas y otro intentando solventar el tercero y cuarto.

1. **Propuestas de política legislativa en torno al ejercicio de la acción hipotecaria en determinados supuestos y el establecimiento de límites a la responsabilidad patrimonial universal del deudor**

A. *Mejora de la eficiencia de los diferentes sistemas de realización del valor de los inmuebles*

En cuanto a este primer bloque, creemos que existe una medida que sería beneficiosa para ambas partes y para la sociedad en su conjunto: la mejora de la eficiencia del sistema de subastas públicas. Es decir, la configuración de un sistema de venta pública en el que se alcanzara realmente el valor de mercado de los bienes, satisfaría, en condiciones de normalidad del mercado inmobiliario, los intereses de:

- El acreedor hipotecario, que podría cobrar su crédito con mayor celeridad y menor riesgo que a través del mecanismo de ejecución ordinaria.

- El deudor hipotecario, que, en la medida en que lo anterior sucediera, no vería su bien malvendido y sería además liberado de la deuda (no pudiéndosele exigir la responsabilidad patrimonial universal *ex* artículo 1911 CC).
- El resto de acreedores del deudor, que podrían cobrar su crédito o parte de éste con el remanente.

Con esta medida, que supone eliminar los fallos de información del mercado de las subastas públicas aumentando su transparencia y eliminando barreras de entrada a posibles licitadores, se atajaría de raíz la radical injusticia de casos como el de la STS 8 de julio del 2003, al que nos hemos referido antes²³. En este sentido, podrían proponerse medidas como²⁴:

- Desarrollar mecanismos de publicidad mediante tecnologías de la información y la comunicación como Internet, de forma que el anuncio de las subastas llegue al máximo de destinatarios posible.
- En relación con lo anterior, para reducir los riesgos y aumentar la confianza en las subastas, proteger en mayor medida las adquisiciones de los adjudicatarios en subasta pública, e informar a los ciudadanos sobre su desarrollo y las consecuencias que se derivan de la adquisición de un bien en este tipo de ventas, creando un sistema especial de mediación.
- Reducir la cuantía del depósito exigido a los postores para participar en la subasta²⁵.

Más allá de esto, podría incluso plantearse la externalización del servicio de subastas públicas a empresas privadas especializadas en mercados inmobiliarios. Esto no supondría más que convertir en regla general la forma “alternativa” de realización del valor de los bienes que regula el artículo 641 LECiv: el convenio de realización por persona o entidad especializada. No obstante, la doctrina advierte ciertas deficiencias en este sistema.

El especialista o entidad especializada (excepto si la entidad es pública) debe ofrecer caución para la venta del bien en un plazo establecido (seis meses, prorrogables seis meses más). En caso que no logre vender el bien, el especialista debe probar que no se debe a causas a él imputables, so pena de que no le sea devuelta la caución. El breve periodo para la venta

²³ Véase más arriba, nota a pie 19.

²⁴ Consúltase al respecto PÉREZ GARCÍA, M.J., “La realización del valor de los bienes en los procesos de ejecución...”, *op. cit.*, pp. 17-18; y BELINCHÓN ROMO, M.R., “La protección del deudor hipotecario: el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo de 2012 sobre medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos”, en *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, Salas Carceller (coord.), 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, p.159.

²⁵ El Real Decreto-Ley 8/2011 de 1 de julio ya ha dado un paso en esta dirección, reduciéndolo al 20% del valor de tasación del inmueble.

del bien junto con la necesidad de ofrecer caución generan rigideces que desincentivan el uso de esta modalidad de realización²⁶.

Para tratar de solucionarlas, se han propuesto reformas como la flexibilización de las restricciones en cuanto al plazo de tiempo, la caución y la comparecencia inicial ante el juez para elegir a la persona especializada, haciendo aún más accesible el procedimiento a todas las entidades y vendedores especializados para mejorar la competitividad. También se propone, en este sentido, aumentar el interés de los Colegios de Procuradores en la venta de los inmuebles embargados (como ocurre ya en Madrid y A Coruña).

En esta misma línea, nosotros sugerimos, adicionalmente, un incremento del protagonismo judicial a lo largo de todo el procedimiento, en aras de evitar posibles abusos por parte del acreedor ejecutante (al que claramente protege la regulación actual): sería el juez, y no el acreedor hipotecario, quien eligiera de manera objetiva e imparcial al especialista en caso de discrepancia entre las partes. Además, mantendría un control global sobre las condiciones de la venta (asegurándose, entre otros aspectos, de que se dieran las condiciones de publicidad respecto de cargas y gravámenes sobre el bien que la subasta pública garantiza), sin que ello supusiera restringir en exceso la actividad del especialista.

Sin embargo, consideramos que mejorando, como proponemos, la eficiencia del mecanismo de subastas públicas, no es necesario que la realización por persona especializada prime sobre el mecanismo habitual. En nuestra opinión, pues, esta vía de realización de los bienes debería mantenerse, como en la actualidad, subsidiaria a la subasta requiriéndose el acuerdo de las partes.

B. Otras posibles reformas

Las siguientes medidas que vamos a considerar comportan todas ellas un perjuicio directo para las entidades financieras. Así, y como nota introductoria, tenemos que advertir que todas ellas pueden comportar un riesgo de contracción del crédito hipotecario. Esto supondría lesionar los intereses de todas las personas que pretenden financiar sus nuevas viviendas a través de un préstamo hipotecario. Es por ello que todas las propuestas que siguen, a nuestro parecer, deben ser en efecto adoptadas, pero con cautela.

Dicho esto, podríamos distinguir dos grupos de soluciones: las primeras se refieren en general a las condiciones de la deuda garantizada por la hipoteca y a su ejecución; el segundo grupo parte de la base de que esta ejecución ya se ha producido y se cuestiona la responsabilidad patrimonial universal del deudor por la parte del crédito no cubierta por el valor de la subasta.

²⁶ CERRATO GURI, E., “La ejecución civil privada por entidad o persona especializada”, en *La Ejecución Civil: Problemas Actuales*, Cachón Cadenas y Picó Junoy (coords.), Editorial Atelier, Barcelona, 2008, pp. 239-249.

a) *Medidas relativas a las condiciones de la deuda garantizada por la hipoteca y a su ejecución*

En este primer plano, podría plantearse:

- La inclusión en los artículos 80 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre (Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios) de referencias expresas a las cláusulas abusivas que típicamente se introducen en los préstamos hipotecarios a los consumidores y velar por su efectiva aplicación por parte de los Tribunales (considerándolas nulas de pleno derecho). Las más frecuentes en esta clase de contratos se refieren al cobro de comisiones no razonables o desproporcionadas, pudiendo destacarse también las que obligan al consumidor a suscribir un seguro de vida o las que exoneran de responsabilidad al acreedor por los daños y perjuicios derivados de fallos en el sistema informático²⁷.

Como medida complementaria en este mismo sentido, sería conveniente reconocer la posibilidad de que el juez que conozca la ejecución hipotecaria suspenda el proceso ejecutivo como medida cautelar mientras se verifica en un procedimiento declarativo paralelo si alguna de las cláusulas del contrato de hipoteca que se está ejecutando es abusiva. La ausencia de tal posibilidad ha sido recientemente declarada contraria al Derecho de la Unión Europea por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo del 2013.

- La limitación de los intereses de demora en los préstamos hipotecarios (o, al menos, la extensión de la hipoteca a su garantía) para excluir su carácter abusivo. Para

²⁷ DE TORRES PEREA, J.M., “Cláusulas abusivas en la contratación de préstamo con garantía hipotecaria para la financiación de compra de vivienda”, en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Cañizares Laso (coord.), Tecnos, Madrid, 2006, pp. 233-263. También plantea este autor la posibilidad de extender a los pequeños empresarios (no consumidores, pero partes estructuralmente débiles en la contratación a través de condiciones generales con las grandes corporaciones) el régimen de control de estas cláusulas que el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre restringe a los consumidores y usuarios. Para ello propone dos vías no exentas de dificultades: bien la aplicación de estas disposiciones por analogía a los pequeños empresarios, bien una restricción directa del contenido de estos contratos con base en los límites a la autonomía privada proclamados por el artículo 1258 CC (recogiendo la propuesta de Miquel González).

Nosotros consideramos en todo caso que sería enormemente oportuno, *de lege ferenda*, introducir algún mecanismo de control de contenido en las condiciones generales de contratación entre pequeñas y grandes empresas, como ya sucede, por ejemplo, en Alemania. Nuestra legislación (artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación) ha excluido implícitamente esta posibilidad, salvo en lo que se refiere a la normativa de protección de los consumidores, de ahí las dificultades para aplicar esta última por analogía o introducir un control de contenido no previsto en la Ley con base en el 1258 CC: estos mecanismos podrían fácilmente juzgarse contrarios al espíritu y finalidad de la Ley 7/1998.

ello sería necesario una reforma del artículo 146 LH²⁸ y, en su caso, de la Ley de 23 de julio de 1908, referente a los contratos de préstamo (“Ley de Usura”)²⁹.

- La introducción en la Ley de Enjuiciamiento Civil de una disposición inspirada en el artículo 11 de la Ley 28/1998 de 13 de julio de Venta a plazos de Bienes Muebles³⁰, que permitiera suspender la ejecución hipotecaria “con carácter excepcional y por justas causas apreciadas discrecionalmente [por el Juez] tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otro infortunios”.
- La modificación del artículo 671 LECiv incrementando aún más (respecto de la reforma ya introducida en este sentido por el Real Decreto-Ley 8/2011 de 1 de julio) el porcentaje del valor de tasación por el que el acreedor puede pedir la adjudicación de los bienes subastados si la subasta queda desierta, y eliminar posibles errores técnicos de la normativa procesal susceptibles de dejar espacio a conductas fraudulentas por parte de los acreedores ejecutantes³¹.

b) Medidas relativas a la responsabilidad patrimonial universal del deudor por la parte del crédito no cubierta por el valor obtenido en subasta

El segundo grupo, que es el que verdaderamente se relaciona de manera directa con el contenido del Auto que estamos analizando podría incluir las siguientes propuestas:

- El aumento del mínimo inembargable a los consumidores, ampliando el margen de protección de los artículos 605 y 606 LECiv³², de forma que no sólo queden

²⁸ “El acreedor hipotecario podrá repetir contra los bienes hipotecados por el pago de intereses vencidos, cualquiera que sea la época en que deba verificarse el reintegro del capital [...]”.

²⁹ El Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo (el conocido popularmente como “Código de Buenas Prácticas”) ya ha dado un paso en este sentido, en relación con los consumidores que de acuerdo con sus propias disposiciones se encuentran en el “umbral de exclusión”. A nuestro juicio, sería conveniente extender esta reforma (u otra similar), *de lege ferenda*, a todos los contratos de préstamo hipotecario celebrados con consumidores.

³⁰ “Facultad moderadora de Jueces y Tribunales. Los jueces y Tribunales, con carácter excepcional y por justas causas apreciadas discrecionalmente tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad y otros infortunios, podrán señalar nuevos plazos o alterar los convenidos, determinando, en su caso, el recargo en el precio por los nuevos aplazamientos de pago [...]”.

³¹ Véase, para un análisis pormenorizado de esta última cuestión, GÓMEZ MATEO, J., “Facultad del acreedor-ejecutante de adjudicarse el bien en pago total o parcial de la deuda”, en *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, Salas Carceller (coord.), 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, p. 112.

³² Estos preceptos declaran inembargables: bienes declarados inalienables; derechos accesorios, que no sean alienables con independencia del principal; bienes que carezcan, por sí solos, de contenido patrimonial; bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal (artículo 605); el mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo; en general,

protegidos aquellos bienes de primera necesidad, sino también otros bienes igualmente imprescindibles para la vida digna de los afectados, creando una base suficiente para que les sea posible reemprender su proyecto vital tras el embargo.

- La incentivación del acceso de las personas físicas al concurso de acreedores (posibilidad que ha sido establecida en la Ley 22/2003 de 9 de julio pero no en condiciones de igualdad con las personas jurídicas), e imitar en su regulación el modelo de las Leyes de nueva oportunidad (*freshstart*) existentes en el Derecho comparado destinadas a la protección de personas naturales y consumidores en situaciones de sobreendeudamiento³³.
- Una reforma sustancial del sistema hipotecario español estableciendo que, salvo pacto en contrario, todas las hipotecas celebradas *con consumidores* serán de responsabilidad limitada (reforma, pues, del artículo 140 LH³⁴). La hipoteca de responsabilidad ilimitada podrá ser pactada por las partes siempre que se aporte al consumidor información suficiente, se haga de forma expresa y nunca en forma de condiciones generales de contratación. En caso contrario, el pacto sería nulo de acuerdo con los artículos 80 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Con esta última medida, adoptamos la línea intermedia entre dos posiciones que se han sostenido en la doctrina. La mayoría de los autores³⁵ son claramente partidarios del

aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia; los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio del ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada; los bienes sacros y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas; las cantidades expresamente declaradas inembargables por Ley; y los bienes y cantidades declarados inembargables por Tratados ratificados por España (artículo 606).

³³ NÚÑEZ IGLESIAS, A., “Alternativa a la ejecución hipotecaria judicial”, en *La venta extrajudicial del bien hipotecado*, Núñez Iglesias, A. (coord), Editorial Comares, Granada, 2012, pp. 8-23, señala, a título de ejemplo, cómo el derecho danés se vale en este sentido de un procedimiento denominado *Goeldssanerign* mediante el cual el deudor, persona física no empresaria y sobreendeudada, presenta un plan en el que se establece una distribución del pago de su deuda, que deberá ser aceptado por el Tribunal y que suspenderá toda ejecución individual sobre su patrimonio, salvo la ejecución de las garantías. Si careciere de ingresos por trabajo, en el plan se le impondrá la obligación de pagar parcialmente sus deudas durante un cierto tiempo, generalmente de cinco años, quedando liberado por el resto. Si el deudor es una persona parada o jubilada, podrá obtener la condonación de sus deudas sin realizar pago alguno.

³⁴ “No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente sobre los bienes hipotecados. En este caso la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor [...]”.

³⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La campanada”, *op. cit.*, pp. 1 y ss.; MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., “La AP de Navarra se decanta antes por la moralidad...”, *op. cit.*, pp. 1 y ss; BELINCHÓN ROMO, M.R., “La protección del deudor hipotecario...” *op. cit.*, pp. 159 y ss.; y NÁJERA PASCUAL, A., “El acuciante problema hipotecario y la dación en pago como solución”, en *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos*

régimen actual de responsabilidad ilimitada en defecto de pacto, y aducen, en este sentido, los argumentos antes expuestos al criticar la decisión contenida en el Auto 111/2010.

Por otro lado, una segunda dirección de la doctrina propone un cambio radical en este sistema, que consistiría en establecer que, en todo caso de adjudicación de bienes en pago al acreedor ejecutante que se produzca en un proceso de ejecución judicial o extrajudicial de una garantía real como consecuencia de la ausencia de licitadores en la subasta, aquel tendrá la obligación de otorgar carta de pago de la totalidad del crédito, liberando así al deudor³⁶. Esto, a nuestro juicio, supone, en la práctica, la aplicación imperativa del sistema de responsabilidad limitada (140 LH) a toda hipoteca concertada con consumidores, sin que quepa pacto en contrario (o, en cualquier caso, tiene consecuencias equivalentes).

La primera solución (aplicación del régimen actual de la responsabilidad ilimitada en defecto de pacto) tiene, a nuestro juicio, un fallo que parecen obviar los autores: hay una debilidad estructural del consumidor-deudor hipotecario frente a la entidad acreedora, consecuencia de su falta de información sobre las obligaciones que asume al pactar una hipoteca. De hecho, podría sostenerse que la creencia *general* de los consumidores al pactar una hipoteca es la de que la contratan con responsabilidad *limitada* al inmueble gravado. De esta forma, un sistema que establece como noma general algo completamente *contra-intuitivo* para el deudor es, en nuestra opinión, una posible fuente de abusos.

Tampoco estamos completamente de acuerdo con la segunda tesis. Para solucionar, a la vez, situaciones de injusticia como la de la STS de 8 de julio del 2003³⁷ y el problema que hemos expresado en el párrafo anterior, proponen una medida (obligar a otorgar carta de pago de la totalidad del crédito), en nuestra opinión, excesiva. Para paliar las aludidas situaciones de injusticia, bastan las propuestas de incremento de la eficiencia y transparencia del mercado de subastas públicas y del convenio de realización por persona especializada (así como la posible apreciación judicial de la concurrencia de abuso de derecho en estos casos en los que el crédito del acreedor ya ha quedado *materialmente satisfecho*, como hemos sostenido arriba). Para el segundo problema (es decir, la debilidad estructural del deudor hipotecario-consumidor frente al acreedor), parece suficiente hacer que el régimen general dispositivo sea la hipoteca de responsabilidad limitada, como nosotros planteamos.

Además, evitamos de esta forma el problema de contracción del crédito hipotecario, que, con seguridad, se produciría si se prohibiera pactar a los bancos hipotecas de responsabilidad ilimitada con los consumidores. La protección del derecho de acceso a la vivienda de los ciudadanos podría obligarnos, en este caso, a tener que establecer un tipo de interés máximo exigible por los bancos en esta clase de préstamos, para lo cual habría problemas

de conflicto, Salas Carceller (coord.), 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 189 y ss., entre muchos otros.

³⁶ PÉREZ GARCÍA, M.J., “La realización del valor de los bienes en los procesos de ejecución...”, *op. cit.*, p.17 y *El valor de los bienes en la ejecución*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, pp. 245-246 y 248-249.

³⁷ Véase más arriba, nota a pie 19.

evidentes de constitucionalidad (artículo 38 CE) y de conformidad con la política monetaria de la Unión Europea.

2. Medidas transitorias para hacer frente, en el corto plazo, a la situación excepcional generada por la crisis y otras orientadas a evitar que coyunturas de esta clase vuelvan a producirse

Pasando a examinar someramente el segundo bloque de medidas de política legislativa (pues, como ya hemos dicho, éstas son más de carácter público-político que estrictamente de Derecho privado) debemos separar aquellas que deberían aplicarse transitoria y estrictamente en un contexto de crisis económica (Problema 3) de las tendentes a evitar que estas coyunturas de crisis vuelvan a producirse (Problema 4).

En cuanto a las primeras, consideramos que el Real Decreto-ley 27/2012 de 15 de noviembre, va en la buena dirección (al contrario de la, a nuestro juicio, puramente simbólica solución adoptada por el Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo³⁸). Bien es verdad que, como ya han señalado algunos autores³⁹, esta regulación adolece de importantes problemas técnicos (seguramente debidos en parte a una redacción “de urgencia”). Muchos de ellos pueden solucionarse de manera relativamente sencilla interpretando sus disposiciones teleológicamente⁴⁰. Sin embargo, consideramos que sería mucho más acorde con el principio de seguridad jurídica perfeccionar su texto y hacerlo completamente concordante con su objeto y fin.

³⁸ Como destaca BELINCHÓN ROMO, M.R., “La protección del deudor hipotecario...” *op. cit.*, p. 157 nota a pie 2, la práctica totalidad de los bancos españoles se han adherido al “Código de Buenas Prácticas” previsto en el Real Decreto-Ley, cuya regulación se convierte para ellos, de este modo, en vinculante. No es esta la razón por la que consideramos “puramente simbólica” la solución ofrecida por esta norma, sino más bien por el restringidísimo número de deudores hipotecarios a los que, de acuerdo con el artículo 2 del Decreto-Ley, son aplicables todas sus medidas. De hecho, nos aventuraríamos a sugerir que ha sido este reducido ámbito de aplicación lo que ha llevado a la mayoría de los bancos a adherirse a él, prácticamente a coste cero.

³⁹ CORDERO LOBATO, E., “Notas de urgencia sobre la paralización temporal de desahucios hipotecarios establecida en el Real Decreto-Ley 27/2012”, *Diario La Ley*, n. 7973, 27 noviembre 2012, pp. 1 y ss.; RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA., “Implicaciones jurídicas en la aplicación del Real Decreto-Ley 27/2012 de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios”, *Diario La Ley*, n. 7977, 3 diciembre 2012, pp. 1 y ss.

⁴⁰ Como de hecho hacen, a nuestro juicio correctamente, RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA., “Implicaciones jurídicas en la aplicación del Real Decreto-Ley 27/2012...” *op. cit.*, pp. 3 y ss. Así, por ejemplo, la vaguedad de la norma en torno al ámbito de aplicación de la suspensión es tal que una interpretación restrictiva impediría su aplicación a la reclamación de la deuda a través del procedimiento monitorio, mediante el cual también se puede conseguir el efecto de adjudicación. Acertadamente, estos autores estiman, sin embargo, que atendiendo a la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley, que establece que las suspensiones afectarán a cualquier proceso judicial o extrajudicial, una interpretación teleológica del mismo nos obliga a pensar que el ámbito de aplicación se extiende a todos los procesos de ejecución, hipotecarios u ordinarios, o a ejecuciones derivadas de monitorios, siempre que se esté ejecutando una garantía hipotecaria.

Más allá de todo ello, y en el contexto de esta necesaria reforma, opinamos que sería pertinente complementar este Decreto-ley con un sistema *obligatorio* de alquileres sociales sobre las viviendas embargadas a costa de las entidades financieras, y no una mera recomendación al Gobierno para que promueva esta medida (Disposición adicional única). Después de todo, la responsabilidad sistémica y difusa de las entidades financieras sobre la crisis, a la que se refiere *acertadamente* el Auto que venimos comentando, no puede quedar sin consecuencias.

Para terminar, creemos conveniente una intervención más intensa y efectiva del Estado en los mercados financieros para garantizar que los créditos hipotecarios se concedan de manera responsable, a diferencia de lo que ha ocurrido hasta ahora (circunstancia que ha estado en la base de la actual crisis económica). En este sentido, sería conveniente, a nuestro juicio, obligar a las entidades financieras a aportar información efectiva a los potenciales deudores (consumidores) a través de formularios predeterminados por la Ley en este tipo de negocios y, sobre todo, introducir un sistema público de tasación de las fincas hipotecadas.

En la mayor parte de las ocasiones, esta tasación la lleva a cabo una entidad dependiente del acreedor hipotecario (normalmente un banco), llegándose a producir estimaciones del valor del inmueble muy por encima del valor real de mercado en el momento de la tasación. De acuerdo con la legislación actual, el valor de tasación no tiene que ser igual al valor real de la finca, tal como expone la STS de 24 de marzo de 1993⁴¹. Pero, a pesar que el tipo no determina la valoración del bien final en el procedimiento de ejecución hipotecaria, es innegable que crea una confianza en el deudor sobre la suficiencia del inmueble para cubrir el crédito hipotecario. De ahí la necesidad de promover la independencia de las entidades de tasación respecto de los acreedores, cuya ausencia puede ser una importante fuente de abusos⁴². Un organismo público debe encargarse de las tasaciones o, al menos, de supervisar a las entidades privadas que las llevan a cabo.

Por otra parte es importante que dicha tasación se actualice periódicamente para facilitar la transparencia en estos negocios. Tal y como han expuesto las Resoluciones de la Dirección General y del Notariado de 23 y 26 de octubre de 1987⁴³, ya es posible pactar en la escritura pública un procedimiento de actualización periódica del valor de tasación en este sentido⁴⁴. Sin embargo, creemos que sería conveniente, en aras de proteger en mayor

⁴¹ RJ 1993, 3306. Consúltase al respecto DÍAZ FRAILE, J.M., *La ejecución hipotecaria y el mercado secundario*, Fundación Registral, Madrid, 2008, pp. 81-86.

⁴² Tal como expresa la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre de Regulación del Mercado Hipotecario: “Se trata de lograr el establecimiento de un régimen de actuación de las sociedades de tasación que garantice su independencia y la ausencia de conflictos de interés respecto de las entidades de crédito que finalmente conceden los préstamos hipotecarios”.

⁴³ RJ 1987, 7660 y RJ 1987, 7660, respectivamente.

⁴⁴ NAVARRO COLOMÉ, C., “Las ejecuciones hipotecarias de los bienes hipotecados y su posterior prosecución a otros bienes del deudor no garantizados. Planteamiento de una solución a favor del deudor”, en *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, Salas Cancellor (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, p. 175.

medida al consumidor, transformar esta medida en una regla imperativa, sin que ello supusiera necesariamente alterar el valor del crédito hipotecario o la extensión de la hipoteca a otros bienes en cada actualización.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BELINCHÓN ROMO, M.R., “La protección del deudor hipotecario: el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo de 2012 sobre medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos”, en *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, Salas Carceller (coord.), 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La campanada”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 11/2011, [BIB 2010/3222].
- CERRATO GURI, E., “La ejecución civil privada por entidad o persona especializada”, en *La Ejecución Civil: Problemas Actuales*, Cachón Cadenas y Picó Junoy (coords.), Editorial Atelier, Barcelona, 2008.
- CORDERO LOBATO, E., “Enriquecimientos injustos y adjudicaciones inmobiliarias en procedimientos de ejecución”, *Diario La Ley*, n. 7953, 29 oct 2012, pp.1 y ss.
- “Notas de urgencia sobre la paralización temporal de desahucios hipotecarios establecida en el Real Decreto-Ley 27/2012”, *Diario La Ley*, n. 7973, 27 noviembre 2012, pp.1 y ss.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Comentario al artículo 7.2 CC”, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.
- DE TORRES PEREA, J.M., “Cláusulas abusivas en la contratación de préstamo con garantía hipotecaria para la financiación de compra de vivienda”, en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Cañizares Laso (coord.), Tecnos, Madrid, 2006.
- DÍAZ FRAILE, J.M., *La ejecución hipotecaria y el mercado secundario*, Editorial Fundación Registral, Madrid, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.
- GÓMEZ MATEO, J., “Facultad del acreedor-ejecutante de adjudicarse el bien en pago total o parcial de la deuda”, en *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, Salas Carceller (coord.), 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “Análisis de la evolución jurisprudencial sobre la dación en pago en los últimos años”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 733, septiembre-octubre 2012, pp. 2852 y ss.
- MARTÍN PASTOR, J., “Posibilidades del acreedor hipotecario cuando, subastado el bien hipotecado, su producto resulta insuficiente para cubrir el crédito (a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2ª, 111/2010, de 17 de diciembre)”, *Diario La Ley*, n. 7590, 16 marzo 2011, pp.1 y ss.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., “La AP de Navarra se decanta antes por la moralidad antes que por la legalidad en la ejecución de las hipotecas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, no. 815/2011, [BIB 2011/278].
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al artículo 7.1 CC”, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

- NÁJERA PASCUAL, A., “El acuciante problema hipotecario y la dación en pago como solución”, en *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, Salas Carceller (coord.), 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.
- NAVARRO COLOMÉ, C., “Las ejecuciones hipotecarias de los bienes hipotecados y su posterior prosecución a otros bienes del deudor no garantizados. Planteamiento de una solución a favor del deudor”, en *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, Salas Carceller (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.
- NÚÑEZ IGLESIAS, A., “Alternativa a la ejecución hipotecaria judicial”, en *La venta extrajudicial del bien hipotecado*, Núñez Iglesias, A. (coord), Editorial Comares, Granada, 2012.
- PÉREZ GARCÍA, M.J., “La realización del valor de los bienes en los procesos de ejecución y su problemática en el derecho español (Reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 diciembre de 2010)”, *Diario La Ley*, n. 7590, 2011.
- El valor de los bienes en la ejecución*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007.
- ROMERO CANDAU, R., “La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados. Comentario a los autos no 111/10 (AC 2011, 1) y 4/11 (AC 2011, 40) de las secciones segunda y tercera de la ILMA. Audiencia Provincial de Navarra”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 1/2011, [BIB 2011, 331].
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA., “Implicaciones jurídicas en la aplicación del Real Decreto-Ley 27/2012 de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios”, *Diario La Ley*, n. 7977, 3 diciembre 2012.
- SALVADOR CODERCH, P., “Comentario al artículo 3.1 CC”, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.